



JORGE SANCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 39/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 24 de noviembre de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se formulan observaciones en contestación al cuestionario sometido a información pública por la Comisión Europea en relación con la aplicación de la obligación de no discriminación al amparo del artículo 10 de la Directiva Acceso (MTZ 2011/2396).

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Cuestionario para la consulta pública sobre la aplicación de la obligación de no discriminación.

La Comisión Europea (o, en adelante, CE) ha iniciado un procedimiento de consulta pública en relación con un cuestionario dirigido a debatir el ámbito y la aplicación de la obligación de no discriminación, recogida en el artículo 10 de la Directiva Acceso¹ e incorporada a las legislaciones nacionales, con el objeto de dirigir, en caso necesario, orientaciones sobre esta obligación y la de separación funcional, en forma de Recomendación, a las Autoridades Nacionales de reglamentación (en adelante, ANRs).

La Comisión Europea justifica este procedimiento en la necesidad de impulsar el mercado único de servicios de telecomunicaciones mediante un planteamiento coherente sobre la regulación de las redes de telefonía y banda ancha de los operadores con poder significativo de mercado (en adelante, PSM) en los Estados Miembros y el acceso no discriminatorio de los operadores alternativos a dichas redes.

Más allá de lo anterior, la Comisión Europea argumenta que los reguladores nacionales están llevando cabo planteamientos diversos al decidir sobre la reglamentación en este ámbito –tanto sobre el ámbito y límites de la obligación como sobre los mecanismos para su aplicación y control- y ello puede conducir a diferencias en la reglamentación no deseadas por la CE. Así, en su Nota de prensa de 3 de octubre de 2011, indica que *“la fragmentación reglamentaria resultante no solo pone en peligro unas inversiones muy necesarias en nuevas tecnologías, sino que también obstaculiza la evolución del mercado único europeo de telecomunicaciones y el fomento de operadores paneuropeos”*.

¹ Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 48.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto *“el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Para el cumplimiento de este objeto, la LGTel y otras normas legales y reglamentarias atribuyen a esta Comisión determinadas funciones. En concreto, de acuerdo con el artículo 48.4, letras e), g) y j) de la LGTel, la CMT tiene la competencia de (i) adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y la explotación de red en condiciones de red abierta, (ii) definir y analizar los mercados de referencia, determinar los operadores con poder significativo en el mercado, e imponer, mantener, modificar o suprimir las obligaciones específicas a los operadores; y (iii) ejercer la potestad sancionadora en los términos que precisa la Ley –que comprenden la potestad de sancionar el incumplimiento de las resoluciones dictadas por este organismo público-.

Por otra parte, forma parte de las misiones de la CMT, como autoridad nacional de reglamentación de telecomunicaciones, colaborar con la Comisión Europea y con el ORECE² en la aplicación coherente de las disposiciones del marco regulador europeo de las comunicaciones electrónicas y en la definición de los instrumentos más adecuados para dicha aplicación, de acuerdo con los artículos 7 y 8 de la Directiva Marco³.

En virtud de la relevancia de los aspectos que se tratan en el cuestionario y que se están debatiendo por la Comisión Europea, esta Comisión ha considerado oportuno formular algunas observaciones que pudieran ser de interés o ayudar a la CE en su labor. Estas consideraciones son complementarias de las que se van a presentar por el BEREC⁴.

II SOBRE EL ÁMBITO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN.

En los apartados III.1 y 2 del cuestionario, la Comisión Europea plantea una serie de cuestiones en relación con la naturaleza y el ámbito de la obligación de no discriminación, que se analizarán a continuación:

² Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

³ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴ A muchas preguntas no se contestará por contribuirse a través de BEREC.



Question 3: Would a lack of clarity surrounding the scope of a non-discrimination obligation render regulation at national level ineffective, in your view?

Como punto de partida, la CMT celebra la intención de la CE al emitir sus consideraciones sobre la obligación de no discriminación y sobre cómo entiende que ha de llevarse a cabo su aplicación por las ANRs, compartiendo esta Comisión que será una guía muy útil para el ejercicio de las funciones de los reguladores. Sin embargo, por otra parte ha de indicarse que se percibe en el cuestionario una tendencia a fomentar una uniformización mecánica de las soluciones que apliquen las ANRs en pos de la armonización y de la consolidación del mercado interior que, en algunos casos, podría no contribuir realmente a dicha consolidación e incluso resultar perjudicial para el desarrollo de los mercados de acuerdo a las reglas de libre competencia.

Considerando la pregunta 3 expuesta, a juicio de esta Comisión, la falta de claridad a nivel jurídico –ya sea comunitario o nacional- en torno al ámbito de una obligación concreta no tiene porqué conducir a que la regulación nacional sea inefectiva. El texto publicado por la CE parece anudar la falta de claridad sobre la aplicación de la obligación de no discriminación al hecho de que las aproximaciones regulatorias de las ANRs sean distintas, y esa falta de claridad puede convertir a la regulación nacional en inefectiva.

Sin embargo, esta Comisión ve graves riesgos en el planteamiento expuesto. El grado de efectividad de las regulaciones nacionales dependerá de muchos factores: de las limitaciones de los derechos nacionales, de cómo se han configurado las obligaciones en las resoluciones de mercados de referencia y de la claridad y transparencia con que actúe el regulador en sus decisiones concretas; pero no puede compartirse la idea de que la regulación nacional devenga inefectiva porque se aplique con instrumentos distintos en dos países de la UE

La CE ha sometido a consulta pública el cuestionario de referencia, para valorar si es preciso emitir una guía para los Estados Miembros en forma de Recomendación. A este respecto, el artículo 19 de la Directiva Marco establece que, cuando la CE constate que las divergencias en la ejecución por las ANRs de las tareas reguladoras que le son encomendadas “*pueden crear un obstáculo al mercado interior*” podrá presentar una Recomendación sobre la aplicación armonizada de lo dispuesto en las Directivas que integran el paquete Telecom, para fomentar los objetivos enunciados en el artículo 8.

De forma que la Recomendación, si se emite, estará basada en los obstáculos al mercado interior que identifique la CE, pero es una labor que debe hacerse con cautela, puesto que la uniformización absoluta en torno a la aplicación de una obligación concreta, cuya imposición y desarrollo le compete a los Estados miembros, es muy arriesgada y puede introducir más problemas al mercado interior que ventajas.

Question 4: In relation to the definition of a non-discrimination obligation, what are, in your view, the advantages of a more general approach and what are the advantages of prescribing in more detail which type of behaviour falls under the scope of the non-discrimination obligation and which does not? In this respect, which other tools are available to NRAs in order to give clarity as to the exact scope of the non-discrimination obligation and what are their dis-/advantages?

El artículo 10 de la Directiva Acceso no precisa de forma detallada qué tipo de comportamientos han de prevenirse a través de la imposición de la obligación de no discriminación.

A nivel nacional, el artículo 13.1.b) de la LGTel, reproduce esencialmente el contenido del artículo 10 de la Directiva Acceso, cuando se refiere a la posibilidad de la CMT de imponer a los operadores con PSM en un mercado de referencia obligaciones en materia de no discriminación⁵



El artículo 8 del Reglamento de Mercados⁶ dispone que:

“Los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en un mercado al por mayor, en particular, podrán estar sujetos a la obligación de que apliquen condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a los operadores que presten servicios equivalentes, y proporcionen a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones, en particular, las relativas a:

- a) *La calidad de los servicios.*
- b) *Los plazos de entrega.*
- c) *Las condiciones de suministro.*

Además, cuando se impongan obligaciones en materia de no discriminación, los acuerdos de interconexión y acceso que celebren los operadores declarados con poder significativo en un mercado al por mayor con sus empresas filiales o asociadas deberán recoger todas y cada una de las condiciones técnicas y económicas que se apliquen.”

De esta forma, la formulación legal de la obligación es general. Sin embargo, la concreción se produce, como no podía ser de otra forma, en las resoluciones de definición de mercados y de imposición de obligaciones y en el cuerpo de decisiones del órgano regulador.

Como se ha señalado con anterioridad, el establecimiento de criterios sobre la interpretación de cómo entiende la CE que debe configurarse y aplicarse la obligación de no discriminación será bienvenida, pero ello debería hacerse teniendo en cuenta la función que tienen asignada las ANRs sobre la imposición de las obligaciones que sean más adecuadas.

Así, por un lado, como la propia CE cita, el ERG –en la actualidad BEREC- ya se ha pronunciado sobre la concreción que debe tener esta obligación. Ya ha citado la CE la Posición Común del ERG en materia de obligaciones⁷, que establece que:

“Clarity of interpretation and vigorous enforcement go hand in hand since the latter is unlikely in the absence of the former. Therefore, NRAs should clarify, as far as possible, how the remedy will be interpreted in practice, via identification of forms of behaviour which will be considered to be discriminatory.”

De forma adicional, las tres Posiciones Comunes del ERG sobre mejores prácticas a seguir en la imposición de obligaciones en los mercados de acceso físico al por mayor, banda ancha y líneas alquiladas⁸, establecieron que:

“NRAs could attempt to clarify, as far as possible, how a non-discrimination remedy will be interpreted in practice, via identification of forms of behaviour which will be considered to be discriminatory. This may be implemented either through explicit wording of the SMP obligation or via explanatory guidance which provides clarity as to the NRA’s interpretation of the obligation.”

Sin embargo, esa identificación de conductas por la ANR no puede ser completamente excluyente o *numerus clausus*, de forma que si se produce posteriormente una forma de

⁵ “(...) que garantizarán, en particular, que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otros operadores que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones.”

⁶ Aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

⁷ ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, mayo de 2006, ERG (06) 33.

⁸ ERG (06) 70 Rev1, (06) 69 Rev 1 y (07) 54 final 080331, respectivamente.



discriminación asimismo prohibida por la regulación, ésta no pueda ser controlada por el Regulador.

En este sentido, parece esencial hacer una llamada de atención sobre la necesaria flexibilidad de la que han de disponer los organismos reguladores en la aplicación de esta obligación, toda vez que la misma no puede ser una vía para la uniformización de productos en el mercado. Así, no puede olvidarse que la discriminación en la aplicación de condiciones, cuando las situaciones son diferentes, es necesaria para proteger la competencia⁹.

La configuración adecuada a nivel legal de la obligación de no discriminación debe ser abierta o general, y no contener una lista exhaustiva de instrumentos. Esa es tarea del regulador y no puede ser un problema para el mercado interior que se impongan niveles de comportamiento distintos en los Estados miembros si las situaciones son diferentes, puesto que la configuración final de la obligación dependerá de los productos y recursos existentes, del mercado de que se trate y del estado de la competencia en el mercado.

En el contexto actual de las telecomunicaciones, los servicios son diversos, así como las redes y recursos que los soportan y los operadores existentes en el mercado. Hay una mayor competencia que fomenta una diferenciación en los productos y servicios y desde ese punto de vista las ANRs han de interpretar con gran cautela, cada una con sus instrumentos, hasta qué punto las diferencias de tratamiento a nivel mayorista constituyen discriminaciones ilegítimas.

Question 5: In which markets is the imposition of a well functioning non-discrimination obligation most important? Why?

Question 8: Are you of the view that it would be appropriate to apply different types of non-discrimination obligations (with a different definition and different scope) for different markets?

Question 9: In which markets (if any) is there no need for a non-discrimination obligation despite the existence of an operator with SMP?

En contestación a la pregunta 8, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de obligaciones regulatorias debe llevarse a cabo bajo el prisma del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los problemas específicos de competencia encontrados en los mercados analizados¹⁰. En este sentido, parece más apropiada la imposición de esta obligación en cada mercado cuando se estime necesario y de acuerdo con los problemas identificados que se pretenden solventar con su imposición, más que establecer una obligación genérica de carácter transversal en todos los mercados.

Al hilo de lo anterior y considerando conjuntamente las preguntas 5 y 8, esta Comisión no ha impuesto de igual manera esta obligación en todos los mercados donde se ha determinado la existencia de PSM por algún o algunos operadores.

A priori, la obligación de no discriminación cobra mayor relevancia en los mercados de acceso a productos o servicios complejos donde un proveedor controla una red esencial, y más si se trata de operadores verticalmente integrados, en la medida en que los recursos o servicios a los que se da acceso se utilizan también por el operador con PSM para prestar servicios minoristas.

Por otra parte, la obligación de no discriminación no requiere el mismo control, por ejemplo, en los mercados de terminación. Así, en el mercado 7 definido por la CMT en 2009, no se impuso

⁹ Véase por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 1993, Caso BPP Industries plc y British Gypsum Limited vs Comisión.

¹⁰ Artículo 8.4 de la Directiva Acceso, y en consonancia con ésta, artículo 10.4 de la LGTel.



una obligación de transparencia –por tanto no hay SLAs¹¹ ni SLGs¹²-, ni, a pesar de imponerse la obligación de no discriminación, se establecieron KPIs¹³, por no considerarse necesario.

Asimismo, en el contexto del mercado de líneas alquiladas, los operadores negocian de forma individual niveles menos exigentes en cuanto a SLGs y plazos de provisión de los circuitos más largos a cambio de precios inferiores. No puede utilizarse la obligación de no discriminación para eliminar tales diferencias de tratamiento a las relaciones comerciales con clientes que son muy específicos, pues ello va en contra del desarrollo comercial de los productos regulados y de los productos minoristas de los alternativos y, en última instancia, de la competencia.

En conclusión, la configuración de las obligaciones ha de tener en consideración que no se pueden tratar de forma igual situaciones que no son equivalentes y permitir diferenciaciones en situaciones que son diferentes (por contratarse mayor cantidad de servicios o con menores compromisos de calidad).

Finalmente, en relación con la pregunta 9, existen supuestos en los que puede ser más conveniente no imponer la obligación de no discriminación para fomentar la diferenciación en los productos ofrecidos al consumidor. En el análisis del antiguo mercado 15, tras definir el mercado y constatar la existencia de una posición significativa de mercado de carácter colectivo por los operadores móviles con red propia, se estimó que para solucionar los problemas encontrados - posibles denegaciones de acceso y tácticas dilatorias en el mismo-, era suficiente, bajo el principio de proporcionalidad, la imposición de la obligación de acceso y la de ofrecer precios razonables en el acceso. Así, no se estimó que la imposición de la obligación de no discriminación fuera necesaria para el fin perseguido. En este sentido, algunos operadores y no solo los operadores de red, manifestaron que la exigencia de “no discriminación” podría conllevar menos efectos pro-competitivos que la libre negociación, pues ante esta obligación, los operadores no preveían alcanzar acuerdos mejores¹⁴.

Question 6: Which are the most common (non-price) discriminatory behaviours which you observe?

La experiencia nacional más reciente de la CMT relativa a la aplicación de esta obligación está contenida en el Anexo I de la Contestación que emitirá BEREC al cuestionario.

Question 7: How do you think a non-discrimination obligation should be used to address any issues around price discrimination?

Tradicionalmente una obligación de no discriminación en precios prohíbe naturalmente prácticas de estrechamientos de márgenes. Al margen de lo anterior, a juicio de esta Comisión la obligación de no discriminación no debe ligarse necesaria o automáticamente a la imposición de una obligación de orientación de precios mayoristas a costes de producción, sino que las

¹¹ Por *Service Level Agreements* (Acuerdos de Nivel de Servicio).

¹² Por *Service Level Guarantees* (Garantías de los niveles de servicio o penalizaciones).

¹³ Por *Key Performance Indicators* (Indicadores de calidad).

¹⁴ La Posición Común sobre obligaciones, en su apartado 3.2.2 (página 43) indica:

“Another problem with non-discrimination is that together with the transparency obligation it can also facilitate and indeed encourage tacit collusion among operators.”

In markets which meet many or all of the criteria which would indicate the presence of possible joint dominance, consideration should be given to the extent that such obligations may have adverse consequences, possibly to the extent that alternative or modified obligations might be considered.”



obligaciones pertinentes en materia de precios pueden ser distintas, dependiendo de los problemas de competencia encontrados en el mercado.

Las discriminaciones en materia de precios han de analizarse caso por caso.

Question 11: With regard to the principle of equivalence, do you think that it is important in order to create a level playing field that wholesale access is provided on a strictly equivalent basis, i.e. under exactly the same conditions to internal and third-party access seekers? Does that, in your view, include the requirement that the SMP operator should share all necessary information pertaining to infrastructure characteristics and apply the same procedures, by means of the same systems and processes, for access ordering and provisioning?

Desde un punto de vista jurídico, la adopción del principio de equivalencia de *inputs*, tal y como se define en el cuestionario, podría estar cubierta por el artículo 10 de la Directiva Acceso y por nuestro Derecho nacional. Sin embargo, ha de advertirse de que imponer dicha equivalencia, a través de las obligaciones de acceso y no discriminación conjuntamente, debe estar justificado a la luz de los objetivos de la Directiva Marco.

En ese sentido, las obligaciones a imponer en los mercados han de ser las mínimas necesarias. De conformidad con el artículo 8.4 de la Directiva Acceso, las obligaciones impuestas a los operadores con PSM deberán basarse en la índole del problema detectado, guardar proporción con éste y justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 8 de la Directiva Marco.

Por su parte, el artículo 8 de la Directiva Marco establece que las ANRs, para lograr los objetivos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del precepto, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, por ejemplo, a través de lo siguiente:

“b) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; (...)

d) fomentando la inversión eficiente orientada al mercado y la innovación en infraestructuras nuevas y mejoradas, incluso asegurando que toda obligación relativa al acceso tenga debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras y permitiendo diferentes modalidades de cooperación entre los inversores y las partes que soliciten el acceso, con el fin de diversificar el riesgo de las inversiones y velar por que se respeten la competencia en el mercado y el principio de no discriminación;”

Esto es, las ANRs deben tener en cuenta la situación existente en el mercado, los riesgos asumidos por las empresas innovadoras, las necesidades de las empresas demandantes de acceso y si es esencial o no el acceso a un determinado recurso, servicio o facilidad asociada para que el operador alternativo pueda competir –de conformidad con la doctrina de las instalaciones esenciales-.

III SOBRE LA APLICACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

La sección III.3 del cuestionario está centrada en las cuestiones relativas a la disponibilidad del producto mayorista con suficiente tiempo de antelación al lanzamiento del producto minorista del operador con PSM, para garantizar la replicabilidad técnica de la oferta y el lanzamiento de productos minoristas por los operadores alternativos.



III.1 Notificación de ofertas mayoristas/minoristas e instrumentos de control de las mismas

Question 12: What are the advantages/disadvantages of having an NRA request notification of an adequate wholesale offer prior to the launch of retail products or suspend the launch of the SMP operator's retail offer until an adequate wholesale offer allowing replication has been tailored?

En primer lugar, con respecto a la notificación de una oferta mayorista adecuada con carácter previo al lanzamiento del producto minorista de que se trate, procede recordar que la disponibilidad y publicación de una oferta de referencia mayorista podrá ser impuesta, en caso necesario, como parte de la obligación de transparencia, si se han impuesto obligaciones de acceso y no discriminación (art. 9 de la Directiva Acceso). En dichas ofertas se hacen constar los productos a los que se facilita acceso y las condiciones de dicho acceso.

Si se va a producir el lanzamiento de un producto minorista basado en un producto mayorista que no forma parte del portfolio de productos mayoristas disponible hasta el momento, el operador con PSM debe notificar el producto mayorista a la ANR y las modificaciones debidas en la oferta de referencia de forma ineludible, como consecuencia de las obligaciones impuestas, porque habrá probablemente que modificar la oferta de referencia.

En particular, específicamente para el caso de que un operador tenga obligaciones de acceso, en virtud del artículo 12 de la Directiva Acceso, en relación con el acceso al por mayor a la infraestructura de la red, las ANRs *“garantizarán la publicación de una oferta de referencia que incluya al menos los elementos contemplados en el anexo II”*, y ese Anexo contiene una lista exhaustiva de los recursos y servicios disponibles para los operadores alternativos.

Las ventajas son evidentes. La notificación –e incluso autorización- por la ANR de las modificaciones necesarias en la oferta mayorista con carácter previo al lanzamiento de un producto minorista incrementan la transparencia frente al Regulador y la seguridad de los operadores alternativos y permiten la anticipación necesaria del regulador y de los operadores alternativos para poder conocer cómo funcionará el producto mayorista modificado.

De la misma forma, la notificación de las ofertas minoristas al regulador permite conocer la posible existencia de ofertas anticompetitivas o no replicables técnicamente a nivel mayorista de una forma poco intrusiva (únicamente se trata de una comunicación previa), y poder suspenderlas, en su caso, como se analizará a continuación.

En relación con este aspecto, en relación con los instrumentos de control adecuados para la implementación de la obligación de no discriminación, la Posición Común del ERG sobre Acceso Indirecto estableció que, para asegurar una certeza razonable sobre las posibilidades de competir en condiciones de igualdad con el operador con PSM, las ANRs no deberían presumir que una obligación tradicional de no discriminación pudiera ser suficiente, a no ser que haya evidencia de que ello es así.

Con respecto a las actuaciones a llevar a cabo en el ámbito minorista, esta Posición Común estableció que, cuando una obligación de no discriminación declarativa sea considerada no suficiente por la ANR:

“NRAs should consider whether a special form of non-discrimination obligation, namely ex-ante controls on the introduction of downstream services by the SMP player, should be imposed in order to ensure that the bitstream services which would permit effective competition in the downstream market are made available and are fit for purpose in a timely way. An appropriate method of control could be an obligation not to make available to itself the wholesale inputs which permit



introduction of a new or enhanced downstream service until the corresponding wholesale service components required to deliver an equivalent competitive downstream service are available and fit for purpose”.

En segundo lugar, la posibilidad de suspender o paralizar el lanzamiento de una oferta minorista determinada, en el caso de que el regulador compruebe que dicha oferta está basada en un producto mayorista no disponible para el operador alternativo, habiéndose impuesto las obligaciones adecuadas en el mercado mayorista –y existiendo por tanto una posible vulneración de las obligaciones mayoristas-, es lógica y es una posible consecuencia derivada del control de las obligaciones de acceso y no discriminación impuestas.

Más aun, la posibilidad de llevar a cabo esta suspensión o paralización de las ofertas ha sido prevista en la última modificación del artículo 10 de la Directiva Autorización¹⁵, cuando indica que:

2. Cuando una autoridad nacional de reglamentación compruebe que una empresa no cumple una o más de las condiciones de la autorización general o de los derechos de uso, o las obligaciones específicas a que hace mención el artículo 6, apartado 2, notificará a la empresa esta circunstancia y concederá a la misma la oportunidad de manifestar su opinión en un plazo razonable.

3. La autoridad correspondiente estará facultada para exigir el cese de la infracción mencionada en el apartado 2, bien inmediatamente, bien dentro de un plazo razonable, y adoptará medidas adecuadas y proporcionadas encaminadas a garantizar el cumplimiento.

A tal efecto, los Estados miembros facultarán a las autoridades correspondientes para:

a) imponer cuando sea necesario, sanciones económicas disuasorias que pueden incluir sanciones periódicas con efectos retroactivos, y

b) emitir órdenes de poner fin a la prestación de un servicio o de una serie de servicios, o aplazarla, que, de manera continuada, podrían tener como resultado perjudicar significativamente la competencia, hasta que se cumplan las obligaciones de acceso impuestas a raíz de un análisis de mercado con arreglo al artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).”

Es este un instrumento que ha de utilizarse con carácter excepcional, toda vez que el lanzamiento de nuevas ofertas es beneficioso para los consumidores, pero en algunos casos las ventajas de su utilización pueden superar los posibles inconvenientes que puedan causarse al operador con PSM y a los consumidores, toda vez que pueden evitarse graves daños a la competencia de una forma eficiente. Más aun, el otro recurso del que dispone la ANR -la potestad de sancionar por el incumplimiento de las obligaciones impuestas- no es, en ningún caso, suficiente, toda vez que si un producto minorista se ha lanzado ya al mercado el daño a la competencia se produce inmediatamente, y no lo evita el que pueda recaer una sanción pecuniaria meses o años más tarde.

III.2. Diseño del producto mayorista y *lead times*

¹⁵ Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas



Question 13: If the SMP operator should be required to provide the relevant wholesale input prior to the launch of its new retail offer, which factors need to be taken into account when calculating an appropriate lead time?

Son relevantes las facilidades dispuestas –a las que se da acceso- por el operador con PSM, ya se trate de los sistemas de provisión, interfaces técnicos, ofertas mayoristas, etc., que deban ser previamente validadas por el regulador para determinar su viabilidad y adecuación para los operadores alternativos.

De forma adicional, el diseño de determinados productos mayoristas ha de ser abierto y flexible para que los operadores alternativos no repliquen exactamente igual la oferta del operador con PSM. Esta es la filosofía que sigue el diseño de algunos productos nuevos (NEBA) y la futura Recomendación debería tenerlo en cuenta.

Caso por caso, ha de analizarse si es preciso prever un lapso de tiempo adicional para permitir al operador alternativo construir la infraestructura necesaria y sus propios sistemas de provisión, para poder solicitar los servicios mayoristas y prestar sus propios servicios.

Question 26: How is the design process for relevant wholesale inputs in SMP markets organised in your country? Do alternative operators have the ability to influence the decisions regarding product characteristics, interfaces etc.? Is there an independent industry body overseeing the process, which has the power to direct the SMP operator to take certain design decisions? If not, do you think that any such process should be established under non-discrimination obligations?

Question 27: Do any issues of non-discrimination arise during the migration from legacy wholesale products to NGA-based products? If so, could you please provide examples and specify at which stages of the process these arise?

Question 28: In case of network topology modifications, how do you consider NRAs should ensure non-discrimination? Please refer in particular to operational processes used for implementing the migration of the wholesale offers.

Considerando la pregunta 26, el diseño de nuevos productos se lleva a cabo en foros entre los operadores implicados –a propuesta del operador con PSM- y la CMT aprueba al final la configuración del producto y los plazos de puesta en servicio, periodos de simultaneidad entre el nuevo y el antiguo y otros detalles concretos.

La definición reciente del nuevo servicio de acceso indirecto NEBA constituye una referencia importante en lo que a cooperación activa por parte de los distintos operadores se refiere. En efecto, en el marco del foro establecido a tal fin los operadores principales, partiendo del objetivo genérico de definir un nuevo servicio de carácter regional y de nivel 2, discutieron y acordaron cada uno de los aspectos técnicos implicados. Durante este proceso, la CMT asumió el papel de supervisor pasivo, sólo interviniendo activamente ante la presencia de desacuerdos particulares, que fueron resueltos en el procedimiento que aprobó el servicio NEBA.

Con carácter general, ha de asegurarse que la migración entre productos mayoristas no ocasiona una interrupción o retraso en los servicios para los operadores alternativos. En España, existe una unidad de seguimiento del funcionamiento de la OBA y Foros específicos creados entre los operadores para asegurarse de que la migración entre productos no causa problemas. Tradicionalmente, en las migraciones a velocidades más altas se implementaron mecanismos de migración masiva para garantizar la no discriminación con respecto a los usuarios del operador con PSM.



En relación con la migración por parte de Telefónica desde la red legada hacia los servicios basados en la tecnología NGA, las reglas bajo las cuales se debe realizar dicha migración fueron establecidas por esta Comisión en su Resolución del Mercado 4. En efecto, antes de llevar a cabo este proceso, Telefónica debía comunicar a esta Comisión con una antelación mínima de 6 meses sus planes de despliegue NGA y los cambios que vaya a realizar en la arquitectura de la red y el consiguiente apagón de la red legada.

En este ámbito de migración y concretamente respecto al cierre de las centrales de Telefónica, esta Comisión ha establecido que el plazo mínimo de mantenimiento de las mismas, una vez llevado a cabo el correspondiente aviso de cierre, dependerá de si las mismas son centrales OBA o de si hay algún operador coubicado, o de si no concurren estas circunstancias.

Así, para las primeras esta Comisión ha considerado que el plazo de garantía de mantenimiento de la central debe ser de 5 años desde la comunicación por Telefónica de su cierre.

Por el contrario, respecto al resto de centrales, se ha estimado que con un año de garantía desde su comunicación de cierre es suficiente. No obstante, si en estas centrales “no-OBA” hubiera algún operador presente (mediante coubicación o tendido de cable externo) en este caso regiría el anterior plazo de 5 años, incluso si ya se hubiera iniciado el cómputo del plazo de un año cuando el operador u operadores solicitan por primera vez los servicios citados.

III.2 Uso de indicadores de calidad

Question 14: Is it necessary to use KPIs in order to detect potential discriminatory behaviour and, if so, how does the use of KPIs help to detect this type of behaviour?

Question 18: Which areas of service need to be monitored by KPIs in order to ensure a fully functioning non-discrimination obligation?

Question 19: Is there a need to ensure that the same KPIs are used in all Member States?

Question 20: Which are the KPIs you consider most important? Could you please set out the reasons for your view?

Question 21: Which practical complications or disadvantages do you see with regard to the use of KPIs?

Question 23: What are the shortcomings/disadvantages of using KPIs?

Question 25: Which other indicators may be useful to detect or measure the level of discrimination (e.g. consumer switching rates etc.)?

Los KPIs representan un instrumento adicional y una *best practice* para detectar comportamientos discriminatorios, pero no son imprescindibles en todos los casos. Constituyen un buen instrumento porque estandarizan las mediciones e indicadores que se utilizarán para comparar los niveles de provisión de los servicios entre los distintos operadores y con respecto al incumbente. De esta forma, garantizan cierto nivel de transparencia y seguridad.

Los plazos medios de provisión de los distintos servicios mayoristas constituyen el indicador más claro de la conducta del operador con PSM. La utilización de percentiles para controlar el nivel de desviación con respecto a la media resulta también de utilidad. En particular se considera que mediante los indicadores siguientes se consigue una muestra suficientemente representativa de la calidad del servicio mayorista prestado. Asimismo, se considera esencial que el operador con PSM facilite los indicadores señalados tanto para los distintos servicios mayoristas prestados como para sus actividades equivalentes en autoprestación.



En el caso de España, disponemos de los siguientes indicadores:

a) Indicadores de provisión:

- Tiempo medio de provisión del servicio
- Tiempo de provisión del servicio (P95)
- Tiempo de provisión del servicio (P99)
- Grado de cumplimiento respecto a la fecha de compromiso
- Tasa de solicitudes denegadas en el mes
- Porcentaje de entregas en plazo y sin incidencias

b) Indicadores de mantenimiento:

- Número de averías por cada 100 circuitos
- Número de incidencias de provisión por cada 100 solicitudes
- Tiempo medio reparación de averías
- Tiempo de reparación de averías (Percentil 80)
- Tiempo de reparación de averías (Percentil 95)
- Porcentaje de averías reparadas en el plazo objetivo
- Número de averías por línea y año

Con respecto a la cuestión 19, a juicio de este organismo, el establecimiento de los mismos KPIs en todos los Estados miembros sería un error. La concreción de estos indicadores depende en gran medida de los problemas nacionales y de cómo se han definido históricamente los SLAs.

En relación con las preguntas 21 y 23, ha de tenerse en consideración que los KPIs son calculados y comunicados por el operador con PSM, de forma que únicamente podrán considerarse totalmente fiables si el regulador obtiene un buen conocimiento de los procesos internos del operador con PSM y dispone de métodos para trazar los datos hasta su origen: los sistemas internos de dicho operador. En este sentido, deben llevarse a cabo complejas actuaciones.

En primer lugar, deben identificarse qué actividades en autoprestación del operador con PSM resultan realmente equivalentes a los servicios mayoristas. Dicha equivalencia no siempre será completa, por lo que deberán desgranarse los servicios en subservicios comparables, y deberán cotejarse plazos correspondientes a los subservicios.

Asimismo, debe requerirse a dicho operador que proporcione información detallada acerca del procedimiento automático de volcado desde sus sistemas internos empleados en la planificación y provisión de los servicios, y que facilite los parámetros necesarios para que tal volcado sea plenamente trazable al objeto de facilitar potenciales inspecciones de sus sistemas internos por parte del regulador. Cuando surjan indicios que pongan en duda la fiabilidad de los KPIs comunicados, deberán practicarse dichas inspecciones en las dependencias del operador para verificar que los volcados son correctos.

Todo ello, debido a la complejidad de los sistemas implicados y la gran cantidad de información en ellos recogida, conlleva costosos procedimientos que no siempre podrán resultar de utilidad para garantizar la correcta conducta del operador.



En consecuencia, la existencia de KPIs no es una garantía absoluta ni suficiente, por lo que no tiene sentido hacer mucho hincapié en la configuración de una única lista de KPIs, toda vez que parece mucho más relevante el control que se haga de esa información. Los esfuerzos del regulador han de ir dirigidos no sólo a establecer estos sistemas de medición sino a supervisar, a través de inspecciones concretas o por denuncias concretas, la conducta del operador con PSM.

Question 22: How should NRAs and access seekers be involved in the definition of the KPIs?

Question 24: What are the potential cost implications with regard to the use of KPIs, both for the SMP operator subject to a non-discrimination obligation using KPIs and the monitoring authority? Could you please quantify any implementation costs in this respect?

Los KPIs normalmente son propuestos por el operador con PSM y, en el proceso de aprobación instruido por la CMT, los operadores alternativos pueden hacer las alegaciones que estimen convenientes.

El operador con PSM debe incurrir, para la generación de KPIs, en un coste para el desarrollo de interfaces y sistemas que permitan el volcado de los datos requeridos y, eventualmente, el acceso remoto por parte del regulador y, en su caso, el resto de operadores. No obstante, no se dispone de datos que permitan estimar dicho coste.

Por su parte, la CMT debe dedicar recursos para monitorizar los datos remitidos. En principio, una persona dedicada a tiempo parcial (pe. del 10 al 25% de su tiempo) sería suficiente para llevar a cabo un control básico de los KPIs. No obstante, el desarrollo de tareas adicionales como las anteriormente referidas para garantizar la fiabilidad de la información remitida (definición de equivalencias y trazabilidad, eventuales inspecciones) implica una dedicación de recursos mucho mayor.

III.4 Acuerdos de nivel de servicio y Garantías de nivel de servicio

Question 15: Does the use of SLAs and SLGs address concerns about potential non-discriminatory behaviour and, if so, how?

Question 16: How do you see the relation between the use of SLAs and SLGs on the one hand and KPIs on the other? In particular, do you consider it useful to have KPIs without SLAs and vice versa?

Los Acuerdos de nivel de servicio (ANS o SLAs) y los indicadores de calidad (KPIs) responden a objetivos diferenciados y complementarios.

En primer lugar, la medición de KPIs (por ejemplo, tiempos medios de provisión) permite verificar si el operador con PSM cumple con su obligación de proveer los servicios mayoristas en plazos medios que no resulten superiores a los plazos en que se autopresta actividades equivalentes, entendiéndose que su incumplimiento evidenciaría comportamientos discriminatorios por parte de dicho operador.

Por su parte, los SLAs (por ejemplo plazos máximos de provisión) mantienen una función de límite máximo admisible cuyo cumplimiento no resulta condición suficiente para juzgar el comportamiento del operador con PSM como no discriminatorio, si bien su incumplimiento



justifica la imposición de penalizaciones. La utilización de SLAs y SLGs se configura a través de las obligaciones de transparencia y acceso y permiten establecer un nivel de provisión de servicios de calidad e incentivar al operador con PSM a su cumplimiento, y, en la medida en que tienen que ser respetados en las relaciones comerciales con todos los operadores, permite evitar un tratamiento discriminatorio no justificado.

En consecuencia, ambas herramientas deben entenderse como complementarias por evidenciar conductas distintas, por lo que pueden emplearse con independencia. Sin embargo, en absoluto se consideran sustitutivas: se considera esencial la existencia de SLAs para garantizar un servicio de calidad, por su eficacia en la rápida determinación de incumplimientos, mientras que los KPIs únicamente permiten verificar a posteriori, y de forma promediada, la calidad del servicio prestado. Por tanto, a juicio de este organismo, disponer un mecanismo de control basado únicamente en KPIs se consideraría ineficiente, mientras que lo contrario sería perfectamente aceptable.

IV SOBRE EL CONTROL EFECTIVO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN

Question 29: If KPIs are required how should NRAs be involved in the design and implementation of such KPIs? In this respect which sanctioning mechanism(s) should in your view be implemented?

Question 30: To what extent do you find it justified to create an additional monitoring system conducted by an independent body (e.g. auditor) to check the SMP operator's compliance with non-discrimination rules?

Question 31: What are the advantages of publishing the results of monitoring KPIs (if imposed) and how would this aid in ensuring compliance with a non-discrimination obligation? Are there any potential disadvantages concerning their publication?

Question 32: Are there any other useful ways of enforcing a non-discrimination obligation?

Sobre estas preguntas ya se ha dado contestación en los apartados anteriores y adicionalmente nos remitimos a la próxima contestación de BEREC.

En virtud de las consideraciones de Hecho y de Derecho expuestas, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

Único. Formular las observaciones incorporadas al texto de la presente Resolución en contestación al cuestionario sometido a información pública por la Comisión Europea en relación con la aplicación de la obligación de no discriminación.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sanchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.